

EL DOBLE CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA ALEMANA¹

MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ

Prof. Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SOBRE EL CONTENIDO SUBJETIVO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL
 1. El derecho subjetivo fundamental
 2. Tipos de derechos subjetivos fundamentales
 - 1.1. *Los derechos de defensa.*
 - 1.2. *Los derechos a prestación.*
- III. SOBRE EL CONTENIDO OBJETIVO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL
 1. El contenido jurídico-objetivo
 - 1.1. *El carácter de principio de los derechos fundamentales.*
 - 1.2. *La eficacia irradiante.*
 - 1.3. *El deber de protección del Estado.*
 - 1.4. *La necesidad de normas de organización y procedimiento.*
 - 1.5. *El significado jurídico-subjetivo del contenido jurídico-objetivo del derecho.*
 2. La garantía institucional
 - 2.1. *Concepto.*
 - 2.2. *Ámbito protegido.*
 - 2.3. *Eficacia.*
 - 2.4. *Relación entre la garantía institucional y el derecho fundamental subjetivo.*

¹ **ABREVIATURAS**= *AcP*: archiv für die civilistische Praxis; *ADCYP*: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario; *AsR*: Archiv des öffentlichen Rechts; *BVerfGE*: decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán; *DöV*: Die öffentliche Verwaltung; *JuS*: Juristische Schulung; *JZ*: Juristen-Zeitung; *NJW*: Neue Juristische Wochenschrift; *REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional; *VVDStRL*: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los derechos fundamentales es hoy una tarea central, compleja e, incluso, en cierto modo inabarcable para la ciencia jurídica. En Alemania, la ciencia del Derecho del Estado se ha convertido, en gran medida, y desde luego en mucha mayor medida de lo que el constituyente alemán hubiera podido llegar a pensar, en ciencia de los derechos fundamentales¹. La dificultad estriba en que no existe aún el grado de consenso necesario sobre la dogmática de los derechos, ni una sistemática satisfactoria; ni siquiera existe el acuerdo imprescindible sobre el valor y significado de los términos que habitualmente se utilizan para hacer referencia a los derechos fundamentales².

En el estudio de los derechos fundamentales es clave el análisis de su doble contenido: el contenido subjetivo y el objetivo. El reconocimiento por el Tribunal Constitucional Federal de un contenido objetivo junto al contenido subjetivo clásico ha sido decisivo en la interpretación de los derechos fundamentales³. Como consecuencia, la actual dogmática científica reconoce ese doble contenido en todos los derechos⁴, pudiendo distinguir, a su vez, de acuerdo con la propuesta analítica formulada por Klaus Stern, dentro del con-

¹ Vid.: J. Juan González Encinar, «Sobre el sistema de los derechos fundamentales. Con motivo del libro de Klaus Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol.III/2.», en *REDC*, 1995, n.º 45, p.367 y ss., (373 y ss.).

² Estas consideraciones en Klaus Stern, «Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte», en Isensee/ Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, 1992, vol.4, p.66; del mismo, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1994, vol.III/2, p.1748 y ss.

³ La sentencia determinante es la BVerfGE 7, 198, (205), en la que el Tribunal reconoce que las normas sobre derechos fundamentales de la Constitución contienen un orden objetivo de valores, y que debe analizarse e indagarse cuál es el contenido axiológico de cada una de estas normas. A partir de esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido en todo derecho fundamental, junto al derecho subjetivo, un principio objetivo.

⁴ Vid.: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.477 y ss.; del mismo, «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», en Isensee/ Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, 1992, vol.4., p.3 y ss., (p.20 y ss.); Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *AÖR*, n.º 110, 1985, p.363 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, 1993, p.118 y ss.; Pieroth/ Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 1994 (4.ªed.), p.18 y ss.; Robert Alexy, «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», en *Der Staat*, 1990, vol.29, p.49 y ss.; Ernst W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtssinterpretation», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1993, p.104 y ss.; del mismo, «Grundrechte als Grundsatznormen», en *Der Staat*, 1990, vol.29, p.1 y ss.; von Mangoldt/ Klein/ Starck, «Artikel 1», en *Das Bonner Grundgesetz*, 1985, vol.I, p.79 y ss.

tenido objetivo, entre la garantía institucional y el contenido jurídico-objetivo⁵.

De acuerdo con la doctrina del doble carácter de los derechos fundamentales, éstos son, en primer lugar, derechos subjetivos que vienen definidos por una norma jurídica objetiva, concretamente, por una norma constitucional. El derecho subjetivo garantizado por la norma es, en la mayoría de los casos, o un derecho de defensa o un derecho de prestación; aunque existen también otros tipos de derechos subjetivos. De este modo, se garantiza a los ciudadanos un ámbito de libertad y se les otorga una acción para poder acudir a los tribunales cuando se conculque su derecho subjetivo. Pero las normas sobre los derechos fundamentales contienen algo más que la definición de posiciones jurídicas subjetivas. Junto al contenido subjetivo, a los derechos fundamentales se les reconoce un contenido objetivo, integrado, por un lado, por principios objetivos cuyo valor se extiende a todos los campos del Derecho y, por otro lado, por garantías institucionales.

A pesar de que hoy toda la doctrina científica reconoce la existencia de un doble contenido en los derechos fundamentales, en lo que no toda la doctrina está de acuerdo es en qué elementos concretos integran dicho contenido, en qué relaciones existen entre los diferentes elementos y en qué consecuencias jurídicas tienen cada uno de ellos. Por otro lado, mientras la dogmática relativa al contenido jurídico de los derechos fundamentales ha tenido un desarrollo considerable, en relación con el contenido objetivo la situación es distinta: la dogmática es más imprecisa, no están claros todos los elementos que lo integran y no están todavía lo suficientemente analizados todos los efectos jurídicos que derivan del reconocimiento del contenido objetivo de los derechos fundamentales⁶.

De cara al análisis de cada uno de los derechos fundamentales, es necesario precisar que no todos los elementos que la doctrina científica reconoce en un derecho, tanto en su contenido objetivo, como en su contenido subjetivo, se dan de igual forma en los restantes derechos fundamentales. Algunos derechos se han desarrollado básicamente como derechos subjetivos con un contenido obje-

⁵ Esta es la propuesta formulada por Klaus Stern en su obra *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., vol.III/1, p.754 y ss.

⁶ Sobre esta cuestión, Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», op. cit., p.366; también Robert Alexy, «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», op. cit., p.49 y ss.; Ernst W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.104 y ss.

tivo limitado, mientras que otros tienen un amplio contenido jurídico objetivo y no contienen en principio un derecho subjetivo individual o no garantizan ningún derecho subjetivo individual⁷.

El reconocimiento del doble carácter de los derechos no es privativo de la dogmática alemana. Nuestro Tribunal Constitucional —por influencia alemana—⁸, así como la doctrina científica⁹, también han reconocido ese doble contenido. Sin embargo, si bien el reconocimiento del contenido subjetivo es muy similar en Alemania y en España, el contenido objetivo de los derechos no ha alcanzado en nuestro país el grado de desarrollo que ha alcanzado en la dogmática alemana.

II. SOBRE EL CONTENIDO SUBJETIVO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

1. El derecho subjetivo fundamental

Un «derecho subjetivo fundamental» (*subjektives Grundrecht*) define la posición jurídica que una persona tiene en virtud de una

⁷ «El contenido objetivo de los derechos fundamentales se reconoce en garantías que no contienen, en principio, un derecho subjetivo individual o que, en general, no garantizan ningún derecho individual, pero que, no obstante, se encuentran en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución (por ejemplo, el art. 7 en el que se recogen la libertad de enseñanza y el derecho a la educación). El contenido objetivo también se reconoce en aquellos derechos fundamentales que se desarrollan, en primer lugar, como derechos subjetivos», (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 118 y 119).

⁸ En varias sentencias, por primera vez en STC 25/1981, FJ 5.º: «en primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución [...] Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales [...] se recoge en el art. 10.1 de la CE». También, sobre el contenido subjetivo, STC 64/1988, FJ 1.º; y, sobre el contenido objetivo, STC 21/1981, FJ 10.º; STC 56/82, FJ 2.º; STC 34/1983, FJ 3.º; STC 1/1985, FJ 4.º; STC 53/1985, FJ 4.º; STC 34/1986, FJ 1.º; STC 129/89, FJ 3.º; STC 120/1990, FJ 4.º.

⁹ *Vid.*: sobre la recepción del doble carácter, Pedro Cruz Villalón, «La recepción de la Ley Fundamental de la R.F.A.», en *ADCYP*, 1989, n.º 1, p. 65 y ss., (p. 73); del mismo, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *REDC*, 1989, n.º 25, p. 35 y ss., (p. 37); Francisco Fernández Segado, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», en *REDC*, n.º 39, p. 195 y ss.; del mismo, *La dogmática de los derechos humanos*, 1994, p. 57 y ss.; José M. Baño León, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», *REDC*, 1988, n.º 24, p. 155 y ss.; Teresa Freixes Sanjuán, *Constitu-*

norma constitucional, que es la que determina y garantiza dicha posición jurídica subjetiva¹⁰. Se trata, pues, aquí, de un derecho subjetivo. Por tanto, el problema es el de la definición del concepto de derecho subjetivo, problema del que se ha ocupado extensamente la doctrina científica sin que hasta hoy pueda decirse, sin embargo, que exista una única definición¹¹. La expresión «derecho subjetivo fundamental» se refiere a un concepto general en el que se entienden incluidas posiciones jurídicas muy diferentes; por eso, el análisis de este concepto amplio debe completarse con el análisis de los diferentes tipos de derecho subjetivo que en él se engloban y de sus características correspondientes¹².

2. Tipos de derechos subjetivos fundamentales

Los distintos «derechos subjetivos fundamentales» son susceptibles de múltiples clasificaciones atendiendo a diferentes criterios. En la que normalmente se viene entendiendo por la doctrina científica como clasificación básica, los derechos subjetivos se ordenan conforme a las características estructurales de las posiciones jurídicas subjetivas que cada uno de ellos protege¹³. Esta clasificación

ción y derechos fundamentales, 1992, p.103 y ss.; Enrique Alvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, 1992, tomo I, p.247; Pablo Pérez Tremps, en Luis López Guerra, Espín, y otros, *Derecho Constitucional*, 1994, tomo I, p.125-127; Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales*, 1995, p.357 y ss.; Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 1984, p.25 y p.48; Luis Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, p.75 y ss.

¹⁰ *Id.*, in extenso, la obra de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p.173 y ss., que se centra en el análisis de los derechos fundamentales como derechos subjetivos; también, Klaus Stern, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., vol.III/1, p.558; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts* ..., op. cit., p.119.

¹¹ Se pueden destacar dos tendencias en las definiciones dadas de este concepto. La primera es la que corresponde a B. Windscheid y se centra en la idea de poder o facultad que un norma jurídica concede a una persona. La segunda corresponde a R. von Ihering y se centra en la idea del interés jurídico protegido. A partir de aquí las distintas definiciones combinan ambos elementos; *vid.*: Klaus Stern, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., vol. III/1, p. 508 y ss. Las diferentes cuestiones normativas, empíricas y analíticas que se analizan en la discusión actual sobre los derechos subjetivos fundamentales, véanse en: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.174 y ss.

¹² *Id.*, esta consideración en Klaus Stern, *Das Staatsrecht*..., op. cit., vol. III/1, p.558; véase el análisis pormenorizado de los diferentes tipos de derecho subjetivo en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.185.

¹³ Para realizar esta clasificación y crear la sistemática jurídica adecuada de los derechos fundamentales es necesario recurrir a las categorías jurídicas de la teoría general del Derecho. *Vid.*: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.186 y ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht*..., op. cit., vol.III/1, p.558; Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, p.17 y ss.

se fundamenta en la teoría de los *status* de G. Jellinek, una teoría sobre posiciones jurídicas abstractas del ciudadano frente al Estado, en la que se distinguen cuatro posiciones o *status*: el *status* pasivo o *status subiectionis*, el negativo o *status libertatis*, el positivo o *status civitatis* y el activo o *status* de la ciudadanía activa. Cada uno de estos *status* se corresponde con una posición de características estructurales diferentes¹⁴.

La mayor parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alemana protegen un derecho subjetivo que se corresponde, o bien con el *status* negativo, o bien con el positivo. Por eso, la distinción principal, y en la que más se ha profundizado, es la que diferencia entre los derechos de defensa, (*Abwehrrechte*), y los derechos a prestación, (*Leistungsrechte*), que es, además, la única a la que vamos a referirnos aquí¹⁵. Hay que observar, sin embargo, que estos dos tipos no son los únicos tipos de derecho subjetivo; para la dogmática existen también otras «posiciones jurídicas de derecho fundamental» (*grundrechtlichen Rechtsstellungen*), aunque la doctrina no se ha ocupado de ellas con la misma intensidad con la que se ha ocupado de los derechos de defensa y de los derechos a prestación, y aún no ha logrado, por tanto, una sistemática satisfactoria de todo el conjunto de las «posiciones jurídicas de derecho fundamental»¹⁶. Especial mención merecen aquí los denominados *Bewirkungsrechte*, por ser los más importantes dentro de ese último grupo de posiciones jurídicas, aunque sobre estos derechos, ni siquiera la denominación es unánime¹⁷.

¹⁴ Las obras fundamentales de Jellinek que recogen esta teoría son: Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905 (2ª ed.), p.86 y ss.; *Allgemeine Staatslehre*, 1914 (3ª ed.), p.418 y ss. La exposición de esta teoría se puede encontrar en las obras generales sobre derechos fundamentales, entre otros, *vid.*: Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, op. cit., p.18 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*; op. cit., p.119 y ss.; y Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.247 y ss.

¹⁵ Hans H. Rupp realiza una de las aportaciones doctrinales más interesantes al continuar con la teoría de los *status* de Jellinek, aunque el análisis de Rupp se limita al estudio del *status* positivo y del *status* negativo. *Vid.*: Hans Heinrich Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre - Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, 1965.

¹⁶ Una exposición de estas posiciones jurídicas de derecho fundamental puede encontrarse en: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol. III/1, p.584 y ss.

¹⁷ Este tipo de derecho fundamental subjetivo es el que Robert Alexy denomina «competencias», *vid.*: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.227 y ss. La posición jurídica definida en este tipo de derechos subjetivos coincide con el *status civitatis* descrito por Jellinek. *Vid.* sobre esta posición jurídica, entre otros.: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol. III/1, p.570 y ss.; Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, op. cit., p.19-20.

2.1. Los derechos de defensa

Los derechos de defensa son los clásicos derechos de libertad frente al Estado que facultan a los particulares para defender un ámbito de libertad frente a injerencias injustificadas de los poderes públicos¹⁸. Hasta el momento, la doctrina científica se ha ocupado de este tipo de derecho subjetivo más que de ningún otro y la dogmática de estos derechos es, por tanto, la que ha experimentado un mayor y más profundo desarrollo. Hay que añadir además, que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estos derechos representan la idea de «derecho frente al Estado» que se considera un elemento común a todo derecho subjetivo fundamental, ya sea de defensa, de prestación, o de otro tipo¹⁹.

La posición jurídica subjetiva definida en los derechos fundamentales de defensa es una posición de libertad en la que el sujeto A es, respecto a una alternativa de acción, jurídica y fácticamente libre; el sujeto A tiene la posibilidad de hacer o no hacer lo permitido²⁰. Para garantizar la posición de libertad frente a una posible injerencia injustificada de los poderes del Estado, se reconoce a los titulares de la libertad una segunda posición jurídica, un «derecho a algo», el derecho del titular A a una acción negativa, a una omisión del Estado²¹. Estos derechos se corresponden, en la teoría de los *status* de Jellinek, con el *status negativo*²².

¹⁸ *In extenso*, sobre este tipo de derechos subjetivos, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.620 y ss.

¹⁹ «Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitsphäre des einzelnen zu schützen; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat», («sin duda, los derechos fundamentales se establecen, en primer lugar, para proteger una esfera de libertad de los particulares; son derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado»), BVerfGE 7, 198, (204), denominada Lütth-Urteil.

²⁰ *Vid.*, sobre todo en relación con la descripción de la posición jurídica, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.210 y ss.; también, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., p.123. En la obra de Hans H. Rupp, *Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre...*, op. cit., p.109 y ss.; Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, op. cit., p.14. Pieroth/ Schlink, *Grundrechte*, op. cit., p.19; Christian Starck, «Artikel 1, Abschnitt 3», en von Mangoldt/ Klein/ Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, op. cit., vol.1, n.º marginal 110.

²¹ *Vid.*: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p.560 y ss. especialmente p.569. Sobre esta posición jurídica y las subclasificaciones que pueden hacerse de ella, véase: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.189 y ss. Las diferentes posturas doctrinales en el debate sobre si el derecho subjetivo incluye la posición de libertad o si, por el contrario, es solamente el derecho a que el Estado no actúe, pueden verse en: Robert Alexy, op. cit., p.255, nota n.º 40.

²² *Vid.*: Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, op. cit., p.103 y ss.; del mismo, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., p.418 y ss.

2.2. Los derechos a prestación

Los derechos a prestación definen una posición jurídica subjetiva en la que el titular está facultado para exigir una acción positiva, una prestación del Estado. Históricamente, estos derechos se reconocen con posterioridad a los derechos de defensa y su aparición está vinculada a la aparición del Estado social. La posición jurídica subjetiva definida por el derecho de prestación es una posición de «derecho a algo» en la que el sujeto A tiene frente al Estado derecho a una acción positiva de éste, tiene derecho a una prestación, entendida, bien como acción positiva fáctica, o bien como acción positiva normativa²³. Los derechos de prestación se corresponden con el *status* positivo de la teoría de Jellinek²⁴.

Es necesario mencionar que, siendo la estructura de estos derechos diferente a la estructura de los derechos de defensa, el esquema de análisis de los mismos deberá ser también diferente. Al respecto, hay que advertir que la doctrina científica desarrolló desde un principio, sobre todo, la dogmática relativa a los derechos de defensa, y que, posteriormente esa dogmática se aplicó al análisis de los derechos de prestación, cuando, en realidad, en éstos últimos, la posición frente al Estado varía sustancialmente, por lo que la aplicación del esquema analítico de los derechos de defensa a este segundo tipo de derechos ha planteado ciertos problemas que están aún sin resolver²⁵.

III. SOBRE EL CONTENIDO OBJETIVO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Dentro del contenido objetivo nosotros vamos a diferenciar, de acuerdo con la sistemática establecida por Klaus Stern²⁶, dos ele-

²³ Vid.: sobre todo en relación con la descripción de la posición jurídica, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.194 y ss.; también, in extenso, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.690 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., p.123; Hans H. Rupp, *Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre...*, op. cit., p.265 y ss.; Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, op. cit., p.201 y ss.; Pieroth/Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, p.19; Christian Starck, «Artikel 1, Abschnitt 3», en *Das Bonner Grundgesetz*, op. cit., n.º marginal 114 y ss.; Hans H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, op. cit., p.69.

²⁴ Vid.: Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, op. cit., p.114 y ss.; del mismo, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., p.420 y ss.

²⁵ Esta reflexión en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.569. En la doctrina española, esta reflexión del autor alemán la recoge J. Juan González Encinar, «Sobre el sistema de los derechos fundamentales», op. cit., p.367 y ss.

²⁶ Klaus Stern distingue, sistemáticamente, estos dos elementos dentro del contenido objetivo de los derechos, (vid., sobre todo.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.506, y extensamente en p.890 y ss.).

mentos: en primer lugar, el denominado contenido jurídico-objetivo del derecho, que deriva del carácter de principio que poseen todas las normas sobre derechos fundamentales; y, en segundo lugar, la garantía institucional²⁷.

Baste aquí como ejemplo de los elementos que pueden formar parte de un derecho fundamental la siguiente cita de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán: «El artículo 6.1 de la Ley Fundamental²⁸ no es sólo un *derecho fundamental clásico* para la protección de la esfera específica privada del matrimonio y la familia, así como una *garantía institucional*, sino que además de esto representa al mismo tiempo una *norma de principio*, esto es, una decisión axiológica vinculante para todo el ámbito del Derecho público y privado que afecte al matrimonio y la familia», (la cursiva es mía)²⁹.

Pero, si bien toda la doctrina reconoce un contenido objetivo en los derechos fundamentales, la mayoría de ésta lo identifica con el carácter de principio de las normas sobre derechos fundamentales, es decir, con lo que nosotros denominamos contenido jurídico-objetivo³⁰, pero no consideran, sin embargo, a la garantía institucional como un elemento que forme parte del contenido objetivo del derecho fundamental³¹.

²⁷ El Tribunal Constitucional alemán ha reconocido la existencia de un contenido objetivo en todo derecho fundamental a partir de la sentencia BVerfGE 7, 198, (205). La doctrina científica también reconoce este doble contenido de los derechos; *vid.*: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.477 y ss.; del mismo, «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», op. cit., p.20 y ss.; Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», op. cit., p.363 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., p.118 y ss.; Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, op. cit., p.18 y ss.; Robert Alexy, «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», op. cit., p.49 y ss.; Ernst-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.104 y ss.; del mismo, «Grundrechte als Grundsatznormen», op. cit., p.1 y ss.; von Mangoldt/ Klein/ Starck, «Artikel 1», en *Das Bonner Grundgesetz*, op. cit., vol.I, p.79 y ss.

²⁸ Art. 6.1 LF: «Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung», (el matrimonio y la familia se encuentran bajo la especial protección del orden estatal).

²⁹ BVerfGE 6, 55, (72).

³⁰ Sobre esta identificación realizada por la doctrina científica, *vid.*, especialmente: Wilhelm Henke, «Juristische Systematik der Grundrechte», en *DeV*, 1984, p.1 y ss., (p.6 y ss.); también Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.507.

³¹ La relación entre el concepto de derecho fundamental y el de garantía institucional ha sido, y es, un importante objeto de estudio, sobre el que las posiciones doctrinales son diversas y la bibliografía muy extensa; *vid. infra*: la garantía institucional. Sobre esta cuestión, véase, en castellano, José M.^a Baño León, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», op. cit., p. 155 y ss.

El reconocimiento del doble contenido de los derechos fundamentales, concretamente por lo que supone de reconocimiento del contenido objetivo, tiene importantes consecuencias constitucionales. Así, al desarrollarse de manera plena y con carácter extensivo el contenido objetivo de los derechos se produce una modificación de las posiciones de los poderes del Estado. El Tribunal Constitucional se coloca en una posición de preponderancia con respecto al legislador, porque, por la vía de la interpretación del susodicho contenido objetivo, cada vez es mayor el número de cuestiones que se convierten en un problema de derechos fundamentales controlable por este Tribunal³².

El reconocimiento del contenido objetivo de los derechos fundamentales ha resuelto problemas sobre los que la doctrina científica venía discutiendo desde hacía tiempo, pero también ha planteado otros nuevos. En relación a este nuevo contenido de los derechos aún existen muchas imprecisiones, interpretaciones contrarias y aspectos que todavía no han sido estudiados con la profundidad que sería necesaria.

1. El contenido jurídico-objetivo

1.1. *El carácter de principio de los derechos fundamentales*

El contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales surge al reconocer que éstos contienen principios objetivos de aplicabilidad inmediata que vinculan directamente al legislador y que, de este modo, confieren al derecho fundamental un contenido nuevo y distinto³³. Como advertíamos anteriormente, con el reconocimiento de este nuevo contenido se ha dado respuesta a algunas cuestiones de la dogmática de los derechos fundamentales que hasta ahora no la tenían, como por ejemplo: el efecto frente a terceros de los derechos o la existencia de deberes de protección del Estado. Sin embargo, no existe solución unánime y clara en la doctrina científica sobre cuál es el fundamento de la existencia de un contenido no subjetivo en los derechos, sobre cuáles son las características y ele-

³² Vid., por todos.: Ernst-W. Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., p.125 y ss., especialmente p.135 y ss.; también, del mismo, «Sobre el Derecho y el Estado. Una conversación con el profesor Ernst-W. Böckenförde realizada por J. Juan González Encinar», en *ADCYP*, 1995, p.7 y ss., (p.23); del mismo, «Grundrechte als Grundsatznormen», op. cit., p.23 y ss.

³³ Vid., por todos.: Ernst- W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.105.

mentos de este contenido, sobre cuál es su significado y sobre qué eficacia jurídica tiene este nuevo contenido de los derechos fundamentales³⁴.

El denominado contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales aparece por primera vez en el debate doctrinal de la época de la República de Weimar, pero hasta mediados de los años cincuenta no se admite de forma general el carácter de principio de los derechos fundamentales³⁵. En el reconocimiento de este carácter desempeñó un papel fundamental el Tribunal Constitucional Federal, en cuya jurisprudencia pueden distinguirse dos fases³⁶: en una primera fase, y siguiendo las teorías de Rudolf Smend sobre el sistema de valores³⁷, los derechos fundamentales aparecen como un orden objetivo axiológico que demanda su aplicación en todos los ámbitos del Derecho; en una segunda fase, las normas de derechos fundamentales se interpretan como normas de principios, es decir, el reflejo de una decisión axiológica vinculante para todo el Derecho³⁸.

³⁴ Sobre las aportaciones doctrinales al reconocimiento del carácter objetivo de los derechos fundamentales y los problemas que plantea, *vid.: in extenso*, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p. 907 y ss.; también, del mismo, «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», op. cit., p.20 y ss.; Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», op. cit., p.366; también Robert Alexy, «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», op. cit., p.49 y ss.; Ernst-W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», en *Staat, Verfassung, Demokratie*, op. cit., p.115 y ss.; del mismo, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.104 y ss.; y, del mismo, «Grundrechte als Grundsatznormen», op. cit., p.1 y ss.; von Mangoldt/ Klein/ Starck, «Artikel 1», *Das Bonner Grundgesetz*, op. cit., p.79 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., p.118 y ss.; Pieroth/ Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, op. cit., p.18 y ss.

³⁵ Sobre el debate doctrinal que tuvo lugar en la época de la República de Weimar, *vid.*, especialmente: Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 1933 (14ªed), p.511; Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, p.162 y ss.; Ernst R. Huber, «Bedeutungswandel der Grundrechte», en *AÖR*, 1933, n.º 62 (nuevo n.º 23), p.1 y ss. En general, sobre la aparición del contenido jurídico-objetivo y su evolución histórica, véase: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.894 y ss.

³⁶ Sobre el análisis de esta jurisprudencia, *vid.*, especialmente: Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», op. cit., p.363 y ss.

³⁷ *Id.*: Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, op. cit., p.158 y ss.; del mismo, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1968 (2ªed.), p.260 y ss.

³⁸ La sentencia fundamental del Tribunal Constitucional en el reconocimiento del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales es la denominada *Lüth-Urteil*, [BVerfGE 7, 198, (205)]. Un comentario extenso sobre esta sentencia, en castellano, en: Ernst-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.106 y ss.; en la misma obra, en general, sobre el reconocimiento del contenido jurídico-objetivo por el Tribunal, p.104 y ss.

A pesar de que muchas cuestiones relativas al carácter de principio de los derechos fundamentales permanecen aún sin respuesta, tanto el Tribunal Constitucional, como la doctrina científica están de acuerdo en reconocer las principales consecuencias que derivan de dicho carácter³⁹:

1. La eficacia irradiante de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico
2. El deber general de protección del Estado
3. La necesidad de normas de organización y procedimiento para la realización y garantía del derecho fundamental

1.2. La eficacia irradiante

La eficacia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales es la primera consecuencia que deriva del carácter de principio de los derechos. Esta eficacia consiste en que los derechos fundamentales, como un orden objetivo de valores/principios, producen un efecto de irradiación en todos los ámbitos del Derecho que quedan así, en cierto modo, constitucionalmente conformados⁴⁰. El Tribunal Constitucional reconoció ya en sus primeras sentencias, y ha venido confirmando a lo largo de toda su jurisprudencia, el efecto irradiante de los derechos fundamentales⁴¹. El problema que queda sin resolver, con carácter general, es determinar la intensidad y extensión de este efecto; cuestión ésta que deberá ser resuelta en cada caso concreto por el Tribunal Constitucional⁴².

³⁹ Vid. esta afirmación en: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.923 y ss.; también en «Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte», op. cit., p.79. Aunque no exista una sistemática común, todas las obras generales sobre derechos fundamentales aluden a estos cuatro elementos. Véase: Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, op. cit., p.124 y ss.; Pieroth/Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, op. cit., p.79 y ss.; también, Hans D. Jaraas, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», op. cit., p.366;

⁴⁰ Vid., sobre este efecto; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.923 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts* ..., op. cit., p.124 y ss.; Ernst-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.110-111.

⁴¹ «Nach der ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt», [BVerfGE 39, 1, (41)]; también, previamente, en: BVerfGE 7, 198, (205); 35, 79, (114).

⁴² Este control se convierte en un examen casuístico en el que el instrumento fundamental de ponderación es el principio de proporcionalidad. Vid., in extenso, Ernst-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.123 y ss; también

El ámbito en el que el reconocimiento del efecto irradiante de los derechos ha producido mayores consecuencias jurídicas ha sido el ámbito del Derecho Privado, y especialmente en relación con el problema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)⁴³. Este problema, que dio lugar a un largo debate doctrinal⁴⁴, se relativizó, en cierto modo, al reconocerse la eficacia propia de los principios que ahora posean los derechos fundamentales. La discusión doctrinal sobre el efecto frente a terceros de los derechos fue uno de los pasos esenciales que condujeron al reconocimiento del contenido jurídico-objetivo de los derechos⁴⁵.

En virtud de su contenido jurídico-objetivo, un derecho fundamental tiene eficacia en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, y también en las relaciones entre terceros; como principio, despliega sus efectos en todos los ámbitos del Derecho Privado: por ejemplo, en el ámbito del Derecho de la Competencia, en el ámbito del Derecho Civil, en el ámbito del Derecho Penal o en el ámbito del Derecho Laboral.

1.3. *El deber de protección del Estado*

El deber del Estado de proteger el contenido jurídico-objetivo del derecho resulta también una consecuencia jurídica del carácter de principio de los derechos fundamentales, ya que los derechos, así entendidos, poseen un contenido normativo que exige ser realizado y protegido. De este modo, de los derechos fundamentales deriva un mandato al legislador, aunque no sólo a él, sino a todos los poderes del Estado, de realizar y proteger el contenido jurídico-obje-

en «Sobre el Derecho y el Estado. Una conversación con el profesor E.-W Böckenförde realizada por J. González Encinar», op. cit., p.24-26; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.928-930. Sobre la intensidad y la extensión del efecto irradiante de los derechos fundamentales, véase, también.: Erhard Denninger, «Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung», en *JZ*, 1975, p.545 y ss., (p.548); Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien...», op. cit., p.394 y ss.

⁴³ Sobre la eficacia de los derechos en otros ámbitos, como el del Derecho Administrativo o el Derecho Penal, principalmente, *vid.*, por todos.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*; op. cit., vol.III/1, p.925-927.

⁴⁴ *Vid.*, sobre este debate, por todos.; Konrad Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, p.24 y ss. (traducción en castellano: Derecho Constitucional y Derecho Privado, 1995, p.33 y ss.); y Claus-Wilhelm Canaris, «Grundrechte und Privatrecht», en *AcP*, 1984, n.º 184, p.225 y ss.

⁴⁵ *Vid.*: Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht...*, op. cit., p.148 y ss.; del mismo, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, op. cit., p.24 y ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*; op. cit., vol.III/1, p.924.

tivo del derecho. La decisión axiológica que contiene un derecho constituye el fundamento de este deber jurídico-constitucional de proteger, promover y, especialmente, de preservar de agresiones antijurídicas de terceros el bien jurídico protegido por el derecho fundamental⁴⁶.

A pesar de que el Tribunal Constitucional y la doctrina científica han reconocido la existencia de este deber de protección del Estado relativamente tarde en relación con los otros elementos que forman parte del contenido objetivo de los derechos, un sector doctrinal se plantea si este deber no constituye, sistemáticamente, el elemento central del contenido jurídico-objetivo de los derechos; ya que éstos, como reflejo de decisiones axiológicas, lo que exigen es la actuación y la protección del Estado, y en eso consiste el contenido jurídico-objetivo de un derecho fundamental⁴⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha sido fundamental en el reconocimiento de este deber general de protección; especialmente importante ha sido la jurisprudencia relativa al derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el art.2.2 de la Ley Fundamental⁴⁸. A juicio del Tribunal, este deber es predicable de todos los derechos fundamentales⁴⁹, aunque

⁴⁶ Vid., sobre el deber de protección del Estado: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.931 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht...*, op. cit., p.146-147; Pieroth/ Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, op. cit., p.26 y ss.; Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien...», op. cit., p.378. Sobre este tema, especialmente, la monografía de Joseph Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, p.33 y ss.

⁴⁷ Vid.: Ernst-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p.114; Dieter Grimm, «Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?», en *Recht*, 1988, p.41 y ss.; Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht - Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, 1987, p.121; en términos similares, Joseph Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, op. cit., p.21 y ss., p.33 y ss.

⁴⁸ BVerfGE 39, 1, (42). Esta es la polémica Sentencia sobre la interrupción del embarazo en la que el Tribunal reconoce un deber general de protección por parte del Estado que le obliga a proteger y promover la vida y, por tanto, a penar el aborto. El Tribunal argumenta que el contenido jurídico-objetivo del derecho no sólo prohíbe intervenciones estatales directas en la vida que se está gestando, sino que obliga al Estado a adoptar una actitud de protección y promoción de esa vida, es decir, a protegerla frente a ataques antijurídicos por parte de terceros. Otras sentencias relevantes en este mismo sentido: BVerfGE 46, 160, (164); 49, 89, (141); 53, 30, (57).

Sobre el deber de protección del Estado en el derecho fundamental a la vida, véase la monografía de Georg Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit - Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art.2 Abs.2 Satz 1 GG*, 1987.

⁴⁹ El Tribunal Constitucional Federal no ha dejado de reconocer a ningún derecho fundamental el contenido jurídico-objetivo y el deber de protección del Estado; vid., por todos: Hans D. Jarass, «Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», op. cit., p.371.

sólo en algunas disposiciones constitucionales de la Ley Fundamental se establezcan expresamente deberes de protección para ciertos derechos⁵⁰.

Como el resto de los elementos del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales, el deber de protección del Estado presenta problemas que se encuentran aún sin resolver. Por un lado, no existe respuesta unánime al fundamento de este deber⁵¹; por otro, no existe determinación de su contenido, ni de su extensión⁵², ya que, el cumplimiento de un mandato de protección que deriva de un principio objetivo depende, en gran medida, de las posibilidades fácticas y jurídicas⁵³.

1.4. *La necesidad de normas de organización y procedimiento*

Seguramente éste es el elemento del contenido jurídico-objetivo de un derecho fundamental que puede resultar más extraño al lector español, pero es, en muchos casos, al mismo tiempo, el de mayor trascendencia. Por esta razón, es necesario, en primer lugar, hacer un referencia a la «organización y el procedimiento» en la dogmática de los derechos fundamentales.

«Organización» y «procedimiento» son dos conceptos que durante mucho tiempo han estado al margen del debate doctrinal sobre los derechos fundamentales. Sin embargo, ha existido siempre una conexión estrecha entre estos conceptos y dichos derechos. Esta relación está ya presente en el origen del constitucionalismo: el art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció que «toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución»; es decir, que una sociedad tenga Constitución significa, en primer lugar, que, en el Estado, la «organización de los poderes» responde a un determinado fin, la garantía de

⁵⁰ Por ejemplo, los arts.6.1 y 6.4. lo establecen expresamente en relación con el derecho al honor y la familia; (art.6.1.: «*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*», [el matrimonio y la familia se encuentran bajo la especial protección del orden estatal]).

⁵¹ Las respuestas de la doctrina y de la propia jurisprudencia al problema de la fundamentación de este deber son muchas y muy diferentes, véase una exposición de ellas en: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.943 y ss.

⁵² Sobre esta cuestión, véase, Georg Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, op. cit., p.43 y ss.; y Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.945 y ss.

⁵³ Sobre el carácter de las normas de principio y su cumplimiento, véase, por todos, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.111 y ss.

la libertad de los ciudadanos⁵⁴. A partir de aquí, la doctrina alemana, en los años setenta⁵⁵, y, especialmente, en los años ochenta⁵⁶, ha apreciado numerosos elementos de conexión entre «la organización y el procedimiento» y los derechos fundamentales.

La «organización» y el «procedimiento» se han convertido en elementos necesarios para que los derechos fundamentales puedan hacerse realidad. La existencia del derecho fundamental no sólo requiere normas de contenido, sino también normas de organización y de procedimiento que lo desarrollen. Este tipo de normas son el instrumento más adecuado para asegurar la realización de los derechos y, en ocasiones, son incluso *conditio sine qua non* del ejercicio del mismo⁵⁷. En este sentido se afirma que los derechos fundamentales contienen «máximas vinculantes de organización y procedimiento» (*verbindliche Leitmaximen für Organisation und Verfahren*)⁵⁸.

⁵⁴ Vid.: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.954; sobre la organización del Estado constitucional, véase, por todos.: Carl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, 1979 (2ª ed.).

⁵⁵ Entre los primeros estudios sobre este tema, cabe citar: Christian Starck, «Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe Bundesverfassungsgericht*, 1976, vol.II, p.481, 488; Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981, p.111 y ss. Las aportaciones principales corresponden a Peter Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDStRL*, 1972, vol.30, p.43 y ss. (p.86 y ss., y 121 y ss.); Hans H. Rupp, «Vom Wandel der Grundrechte», en *AÖR*, 1976, vol.101, p.161; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., p.151; Konrad Redeker, «Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe», en *NJW*, 1980, p.1593; Fritz Ossenbühl, «Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts», en *DÖV*, 1981, p.1; del mismo, «Zur Bedeutung von Verfahrensmängeln im Atomrecht», en *NJW*, 1981, p.375; Herbert Bethge, «Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», op. cit., p.1; Albert von Mutius, «Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?», en *NJW*, 1982, p.2150; Jürgen Held, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, 1984, p.95 y ss., p.130 y ss., p.228 y ss.

⁵⁶ De este periodo pueden mencionarse las siguientes obras: Willi Blümel, «Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung», en del mismo (ed.), *Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen*, 1982, p.23 y ss.; Rudolf Steinberg, «Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», en *DÖV*, 1982, p.619; Lerche/ Schmitt-Glaeser/ Schmidt Assmann (ed.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, especialmente, p.97 y ss.; Jost Pletzcker, «Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», en *VVDStRL*, 1983, vol.41, p.193, p.207 y p.219; Hans H. Rupp, «Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt», en Günter Püttner (ed.), *Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag*, 1984, p.151, p.159 y ss.; Michael Eichberger, *Die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen*, 1985, p.242 y ss.

⁵⁷ La necesidad de normas de organización y procedimiento en el desarrollo de los derechos fundamentales se recoge también en las obras generales; véase, como ejemplo.: Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, op. cit., p.27 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., p.151 y ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht ...*, op. cit., vol.III/1, p.953 y ss.

⁵⁸ Expresamente, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p. 972, citando a Hans H. Rupp, «Vom Wandel der Grundrechte», op. cit., p.187.

Es necesario precisar estos dos conceptos que forman parte del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales: «organización» y «procedimiento»; aunque no se trata, ni mucho menos, de una labor sencilla.

a) El término «organización» tiene diversos usos en la ciencia jurídica; no estamos ante un concepto de contenido unívoco⁵⁹. En principio, se pueden distinguir tres sentidos de este término⁶⁰. En primer lugar, «organización» se refiere a la actividad y al proceso de organizar, a la descripción del proceso de organizar (*die Bezeichnung des Vorgangs des Organisierens*). En segundo lugar, este término se refiere al resultado del proceso de organización, a lo organizado: una institución, una asociación, una empresa o una cooperativa, entre otros ejemplos; en este sentido, organización se utiliza como un concepto amplio en el que se entienden incluidas todo tipo de unidades organizadas⁶¹. En tercer lugar, «organización» se refiere también al orden interno de lo organizado: los órganos que forman la unidad organizada, su composición, sus competencias, las relaciones entre ellos...⁶².

La «organización» en sus tres sentidos forma parte del contenido jurídico-objetivo de un derecho⁶³. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional que, a lo largo de su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, ha hecho referencia, en unos casos, a la exigencia por parte de los derechos fundamentales de un proceso de organización, a la necesidad de una actividad legislativa que tenga como finalidad organizar, y, en otros casos, también, al resulta-

⁵⁹ «Por una vicisitud lingüística general, a los vocablos indicativos de una actividad se les han unido bastantes significados que expresan el resultado de la actividad, o el lugar donde se desenvuelve, o el modo de desarrollo, etc...», Máximo Severo Giannini, *Derecho Administrativo*, 1991, p.39, que al analizar la administración como organización se encuentra con el problema de la imprecisión de este término.

⁶⁰ Vid.: Klaus Stern, «Staatsorganisation», en Erwin Grochla (ed.), *Handwörterbuch der Organisation*, 1980, (2ªed.), p.2087 y ss., (p.2088).

⁶¹ Sobre el concepto de organización como resultado de un proceso de organización, como «una unidad de decisión y acción cuya función es transformar mediante unos procesos racionales una pluralidad de acciones humanas y de recursos de distinto género en unos resultados unitarios», véase: Hermann Heller, *Teoría del Estado*, 1990 (13 reimp.), p.247-256; Manuel García Pelayo, «Estado», en J. Juan González Encinar (ed.), *Diccionario del Sistema Político Español*, 1984, p.242; del mismo *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, 1977, p.145 y ss; y *Burocracia y Tecnocracia*, 1974, p.203-220.

⁶² A estas variables se refiere Ostrogorski, «Organización de los partidos políticos», en Vernon Bogdanor (ed.), *Enciclopedia de las instituciones políticas*, 1991, p.499. También se refiere a estos elementos Luis M^a Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 1993 (3ªed.), p.87 y ss., al analizar las normas de organización.

⁶³ Vid., por todos: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.960.

do de la actividad de organizar y al orden interno que deben establecer las disposiciones del legislador⁶⁴.

La «organización», como el «procedimiento», no surge de forma inmediata en las Declaraciones de Derechos, sino que aparece en el desarrollo del derecho fundamental, en la concretización del ámbito protegido por el derecho⁶⁵. Las normas de desarrollo del legislador son, entre otras, normas de organización y de procedimiento; es decir, son normas que establecen un medio para lograr un fin, no prescriben una conducta sino que «buscan un resultado de orden configurador»: la norma de organización indica cómo se compone un órgano, las personas que lo integran, la forma de nombramiento, o las funciones que tiene asignadas. En la actividad de organización hay una previa determinación de fines y objetivos, para cuya consecución se establecen ciertos medios o procedimientos. La norma de organización distribuye funciones de forma que cada miembro de lo organizado participe, según sus capacidades y competencias, en el logro del fin⁶⁶.

b) «Procedimiento» es una categoría jurídica de múltiples facetas (*eine facettenreiche Kategorie*), «no puede definirse, sino, en todo caso, describirse»⁶⁷. Hasta ahora la doctrina se ha ocupado de clasificar los diferentes tipos de procedimientos y los ha descrito, pero sin dar una definición general⁶⁸.

«Organización» y «procedimiento» son dos conceptos diferentes y producen también efectos jurídicos diferentes, pero desde el reconocimiento de este elemento en el contenido jurídico-objetivo de los

⁶⁴ El ejemplo más claro es el que el Tribunal relaciona los derechos fundamentales con la actividad de organizar y con el orden interno del resultado es en la jurisprudencia relativa a la libertad de prensa, a la libertad de televisión, (art.5.1 LF) y a la libertad de cátedra (art.5.3 LF). Por otro lado, la jurisprudencia relativa a los derechos de participación política, (art.9 LF), es aquella en la que más clara se ve la relación entre un derecho fundamental y una organización en sentido amplio, como resultado de la actividad de organizar. Vid.: Klaus Stern, *Das Staatsrecht*..., op. cit., vol. III/1, p. 966.

⁶⁵ Vid., por todos: Klaus Stern, *Das Staatsrecht*..., op. cit., vol.III/1, p.961.

⁶⁶ Sobre las características de las normas de organización, vid.: Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, 1991, p.18, criticando la teoría institucional de Santi Romano [*L'ordinamento giuridico*, 1917 (1ªed.), 1945 (2ªed.)]; Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit., p.145-146; del mismo, *Burocracia y Tecnocracia*, op. cit., p.203 y ss.; Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, 1987, p.67 y ss.; Luis M^º Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 1993, p.94 y ss.

⁶⁷ Klaus Stern, *Das Staatsrecht*..., op. cit., vol.III/1, p.961.

⁶⁸ Vid.: Lerche/ Schmitt Glaeser/ Schmidt Assmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984; Klaus Stern, *Das Staatsrecht*..., op. cit., vol III/1, p. 961.

derechos fundamentales se ha hecho siempre referencia a la «organización y el procedimiento» como una unidad. A pesar de algún intento por incluir el concepto de «procedimiento» en el concepto de «organización», sólo con efectos en el ámbito concreto de los derechos fundamentales⁶⁹, es necesario afirmar que se trata de dos conceptos distintos⁷⁰.

La relación que existe entre estos dos conceptos y los derechos fundamentales no es la misma en todos los casos. Esto ha llevado a la doctrina científica a realizar numerosas clasificaciones de los derechos de acuerdo con la relación que éstos mantienen con los conceptos de «organización» y «procedimiento»⁷¹. Interesa distinguir, básicamente, entre dos tipos de derechos: por un lado, los verdaderos derechos de organización o procedimiento, es decir, aquellos que protegen un derecho subjetivo a exigir una determinada organización o un determinado procedimiento de los poderes públicos⁷², y, por otro lado, los derechos que sin ser derechos de organización, dependen de disposiciones de este tipo para poder llegar a ser reales y efectivos⁷³, o, simplemente, que desde su origen han estado vinculados a una determinada forma de organización⁷⁴. En el primer caso el elemento de organización se encuentra en el contenido subjetivo del derecho, mientras que en el segundo caso «la organización» forma parte del contenido jurídico-objetivo de éste⁷⁵.

⁶⁹ Esta es la propuesta de Robert Alexy, (*Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.456 y ss.), que se cuestiona si, al aludirse siempre a «organización y procedimiento», es necesario realmente distinguir ambos conceptos. A su juicio, las clasificaciones de derechos fundamentales realizadas hasta el momento no siguen una línea de diferenciación entre el concepto de procedimiento y el de organización, sino sólo puntos de vista distintos, y esto pone de manifiesto que el uso habitual de ambas expresiones no tiene un carácter técnico. Alexy parte de la idea de procedimiento como un sistema de reglas y/o principios para la obtención de un resultado, de modo que así justifica que ambos conceptos se resuman bajo un mismo concepto.

⁷⁰ Vid., por todos, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.961.

⁷¹ Una exposición de las numerosas y diferentes clasificaciones se puede encontrar en: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.972 y ss.

⁷² El ejemplo clásico es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en los arts. 19.4, 101, 103 y art.104 LF.

⁷³ Por ejemplo: la objeción de conciencia, (art.4.3 LF); el derecho de asociación, (art. 9.1 LF); el derecho a no ser expulsado de Alemania, (art.16.2 LF); y el derecho a la participación política, (art.38 LF).

⁷⁴ Por ejemplo: la libertad de cátedra, (art.5.3); la libertad sindical, (art.9.3); y el derecho de petición, (art.17 LF).

⁷⁵ La dicotomía subjetivo/objetivo es uno de los problemas sin resolver que aún plantean los conceptos de organización y procedimiento en el ámbito de los derechos fundamentales. Vid., por un lado, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.475, a favor de extender el componente subjetivo del derecho al elemento de organización; por otro lado, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol. III/1, p.974 y ss., que localiza el elemento de organización en el contenido objetivo del derecho.

El ejemplo clásico de derecho subjetivo a organización y procedimiento es el derecho a la tutela judicial efectiva; con él se protege un derecho subjetivo a prestación, en cuyo ámbito protegido se incluye el derecho a una acción positiva del Estado consistente en dictar determinadas normas sobre la organización y el procedimiento de actuación de un poder concreto del Estado, el poder judicial⁷⁶. Por el contrario, el resto de los derechos fundamentales, no sólo aquellos que necesitan normas de organización y procedimiento para su realización, exigen, en mayor o menor medida, ciertas medidas de organización y procedimiento que afectan a los todos los poderes del Estado. En este segundo supuesto, el derecho fundamental no está protegiendo un derecho subjetivo a que el Estado dicte determinadas normas de organización⁷⁷. Una organización, como resultado de la actividad del legislador, que sea conforme con un derecho fundamental puede garantizarse no sólo a través de un derecho subjetivo, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también a través de mandatos y prohibiciones objetivas⁷⁸.

Las normas de organización y procedimiento han adquirido hoy un importante significado. La regulación de los ámbitos de libertad de los ciudadanos tropieza cada vez con un mayor número de casos de colisiones entre las diferentes posiciones de derecho fundamental y las normas de este tipo se han mostrado como el instrumento idóneo para resolver dichos problemas⁷⁹.

1.5. *El significado jurídico-subjetivo del contenido jurídico-objetivo del derecho*

La existencia de un elemento subjetivo en el contenido jurídico-objetivo del derecho fundamental es una de las cuestiones más discutidas y, por el momento, menos claras en la dogmática alemana de los

⁷⁶ Sobre este derecho como derecho a una prestación del Estado consistente en dictar las normas de organización y procedimiento necesarias, *vid.*: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.472 y ss. También, véase: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.961 y ss.; y Hans-J. Papier, «Justizgewähranspruch», en Isensee/ Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, op. cit., vol.VI, p.1221 y ss.

⁷⁷ *Vid.*, por todos, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.965.

⁷⁸ *Vid.*: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.474-475.

⁷⁹ Frente al peligro de reglamentación de la libertad que las medidas de organización y procedimiento pueden suponer, los derechos fundamentales subjetivos despliegan su eficacia como derechos de defensa frente al Estado. *Vid.*: Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., p.152; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.971-972.

derechos. La cuestión que se debate es si del contenido jurídico-objetivo de un derecho fundamental derivan derechos subjetivos⁸⁰. En principio, y con carácter general, del componente objetivo de un derecho fundamental no derivan automáticamente derechos subjetivos; para ello sería necesaria una «fundamentación especial» (*eine besondere Begründung*) sobre la que existe escaso acuerdo en la doctrina⁸¹.

2. La garantía institucional

El concepto de garantía institucional fue elaborado por la doctrina científica alemana en la época de la República de Weimar para garantizar ciertos institutos e instituciones frente al legislador⁸². Posteriormente esta figura ha experimentado un considerable desarrollo, convirtiéndose en un concepto fundamental del Derecho Público alemán. La doctrina sobre la garantía institucional ha sido después «importada» por otros ordenamientos jurídicos europeos como el nuestro⁸³.

El concepto de garantía institucional que elaboró en un primer momento la doctrina en la época de Weimar no ha sufrido grandes cambios; de hecho, las garantías institucionales que recoge la Ley Fundamental son prácticamente las mismas garantías que dieron lu-

⁸⁰ Vid.: Christian Starck, «Artikel 1», en von Mangoldt/ Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, op. cit., n.º marginal 123; Hans H. Rupp, «Vom Wandel der Grundrechte», op. cit., p.177 y ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.978 y ss.

⁸¹ De forma extensa, sobre esta cuestión, véase: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.979 y ss., y 987 y ss. Por otro lado, sobre el derecho subjetivo de los ciudadanos a exigir determinadas actuaciones de los poderes públicos, especialmente del legislador, véase: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.186 y ss.

⁸² Vid., especialmente: la obra de Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, p.170 y ss.; del mismo, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», en *Rechtswissenschaftliche Beiträge 25 jährigen Handels-Hochschule Berlin*, 1931, p.1 y ss.; y en «Grundrechte und Grundpflichten», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1932, p.199 y ss.

⁸³ Sobre la recepción en nuestro país de la doctrina de la garantía institucional, vid.: Pedro Cruz Villalón, «La recepción de la Ley Fundamental de la R.F.A.», op. cit., p.76. En España, los estudios más importantes sobre las garantías institucionales, especialmente en relación con los derechos fundamentales, son: José Mº Baño León, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española», op. cit., p.155 y ss.; Antonio Jiménez Blanco, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, 1991, vol. II, p. 635 y ss.; Pedro Cruz Villalón, «Formación y evolución histórica de los derechos fundamentales», op. cit., p.35 y ss.; Juan J. Solozábal Echevarría, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», op. cit., p.73 y ss.; Alfredo Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1994, p.43 y ss.

gar a la aparición de esta figura⁸⁴. Sin embargo, desde hace unos años, el Derecho Constitucional alemán se ha planteado la necesidad de flexibilizar el rígido concepto tradicional de garantía institucional para poder adaptarlo a nuevas figuras jurídicas que hasta hace poco no se habían podido considerar como garantías de este tipo⁸⁵.

Es necesario precisar que una garantía institucional no sólo se puede establecer en una norma sobre un derecho fundamental, sino también en otro tipo de normas constitucionales (*Grundrechtliche / nicht-grundrechtliche Einrichtungsgarantien*); y, en segundo lugar, que no todas las normas sobre derechos fundamentales contienen una garantía institucional: ésta puede formar parte del contenido de un derecho, pero no todos los derechos fundamentales contienen necesariamente una garantía de este tipo⁸⁶.

2.1. Concepto

El concepto clásico de garantía institucional (*Einrichtungsgarantie*) se encuentra en la fórmula elaborada por F. Klein⁸⁷, que comprende los dos tipos de garantía que distinguí en un principio Carl Schmitt: la garantía de instituciones jurídico-públicas o «garantías institucionales» (*institutionellen Garantien*), y la garantía de instituciones jurídico-privadas o «garantías de instituto» (*Institutsgarantien*)⁸⁸. La delimitación del concepto no ha sido

⁸⁴ Estas garantías institucionales son la de la familia, (art.6 LF), la propiedad y la herencia, (art.14 LF), la autonomía local, (art.28.2 LF), el régimen de la función pública, (art.33 LF) y la libertad de enseñanza, (art.7 LF).

⁸⁵ Entre ellas, la libertad de prensa, cine y televisión, la libertad de creación artística, la libertad de asociación y reunión, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. Vid.: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., vol. III/1, p.832; véase, también, en este sentido Gunther Abel, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 1964, p.52 y ss.

⁸⁶ Sobre los dos tipos de garantías institucionales, in extenso, véase: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol. III/1, p.791 y ss., p.871 y ss.; también, Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, 1979, p.61; Hans H. Klein, «Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht», en *AÖR*, n.º 90, 1965, p.129.

⁸⁷ Vid.: Friedrich Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, 1934, p.2; terminología utilizada posteriormente por Gunther Abel, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, op. cit., p.13; y, posteriormente, extendida a toda la doctrina.

⁸⁸ Carl Schmitt introduce estos conceptos en su obra *Verfassungslehre*, op. cit., p.170 y ss.; y los desarrolla en «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», op. cit., p.1 y ss.; y en «Grundrechte und Grundpflichten», op. cit., p.199 y ss. Entre los institutos jurídico-privados garantizados se encuentran la familia, la propiedad y la herencia; entre las instituciones jurídico-públicas garantizadas cabe citar la autonomía local, el régimen de la función pública y la libertad

sencilla y aún hoy presenta no pocas imprecisiones e inconcreciones⁸⁹.

El concepto de garantía institucional se compone de dos elementos: el primero es la institución objeto de la garantía, y el segundo es la garantía⁹⁰.

a) *El objeto de la garantía es una institución.* Estamos ante uno de los conceptos jurídicos básicos de la teoría general del Derecho. «Institución» o «Instituto» son conceptos jurídicos relativamente indeterminados. Sin embargo, comúnmente se considera que una institución es una forma de organización, el resultado de la aplicación de un complejo de normas que pretenden lograr un orden y garantizarlo⁹¹.

Una institución debe cumplir determinados requisitos para poder ser objeto de una garantía institucional. En primer lugar, la institución debe tener un significado especial para el orden de la Sociedad y del Estado, debe constituir un elemento básico de estabilidad⁹². En segundo lugar, las posibilidades de defensa del titular de la institución en el ejercicio de derechos subjetivos no deben ser

de enseñanza. A la distinción entre estos dos tipos de instituciones contribuyó más tarde Günther Dürig, al incidir en la especial relación existente entre el instituto jurídico-privado y los derechos fundamentales subjetivos, («Artikel 1, Abs.3», en Maunz/ Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., n.º marginal 98).

⁸⁹ Junto a las dos aportaciones doctrinales ya mencionadas, hay que hacer referencia a los obras posteriores más significativas que trataron de precisar el concepto de garantía institucional: Christian Sasse, «Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen», en *AöR*, 1960, n.º 85, p.423 y ss.; Gunther Abel, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien*, op. cit., p.44 y ss.; Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, op. cit., p.23 y ss. Mención especial exige la posición de Günther Dürig, que se enfrenta al dualismo de los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos y garantías institucionales, y no reconoce en los derechos fundamentales más que el contenido subjetivo, («Artikel 1 Abs.3» y «Artikel 7», en Maunz/ Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit.). Sobre la evolución del concepto de garantía institucional, *vid.*: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., vol.III/ 1, p.754 y ss.

⁹⁰ En terminología del prof. Cruz Villalón, la institución objeto de garantía constituye el «significa sustantivo», y la garantía de la que se dota a la institución constituye el «significado adjetivo» de la garantía institucional. *Vid.*: en «Formación y evolución de los derechos fundamentales», op. cit., p.58.

⁹¹ La doctrina jurídica se ha ocupado con profundidad de este concepto jurídico. Algunos de los análisis fundamentales son los realizados por Friedrich Carl von Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, 1840, vol.I, p.9 y ss.; Maurice Hauriou, *Teoría de la Institución y de la Fundación*, 1925, (publicado en Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, *M. Hauriou. Obra escogida*, 1976, p.257 y ss.); Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1945; Max Weber, *Economía y Sociedad*, 1922, (1944 edición en castellano), vol.I, p.498 y ss.

⁹² *Vid.*, por todos: Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, op. cit., p.33; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der ...*, op. cit., vol. III/1, p.782 y ss., p.867 y ss.

suficientes para garantizar el mantenimiento de la misma. Ésta es la razón por la que se hace necesario que la Constitución proteja dicha institución⁹³. En tercer lugar, las instituciones deben existir previamente; las garantías institucionales protegen instituciones ya existentes, aunque no es necesario que estén ya organizadas. La garantía puede consistir en desarrollar y en mantener la institución, pero no en crearla⁹⁴.

b) El segundo componente del concepto de garantía institucional es una *determinada garantía constitucional*. Lo específico de esta garantía es que, con ella, se entiende que la institución queda garantizada también, y especialmente, frente al legislador. La garantía institucional es una prohibición dirigida al legislador de rebasar ciertos límites en la regulación del instituto o institución; eso significa que la supresión o vaciamiento de dicha institución exige la previa reforma constitucional⁹⁵. La institución queda garantizada estableciendo el complejo normativo y material que sea necesario para su mantenimiento y desarrollo⁹⁶.

2.2. *Ámbito protegido*

En relación con el ámbito protegido por la garantía institucional, desde un primer momento se afirmó que el legislador no podía

⁹³ Vid.: Pedro Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», op. cit., p.54 y ss., que expone claramente cómo las garantías institucionales aparecieron para proteger ciertos institutos frente al legislador, ya que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de Weimar no poseían eficacia normativa directa. Véase: Carl Schmitt, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Verfassung», op. cit., p.1 y ss.

⁹⁴ Vid.: Carl Schmitt, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Rechtsverfassung», op. cit., p.16; Gunther Abel, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien*, op. cit., p.56 y ss.; Friedrich Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, op. cit., p.90; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol. III/1, p.788. En relación con la libertad de televisión, vid.: Stern/ Bethge, *Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat*, 1968, p.31 y ss.; y Hans D. Jarass, *Die Freiheit der Massenmedien*, op. cit., p.134 y ss.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, por todas, véase: BVerfGE, 61, 149, (195).

⁹⁵ Vid.: Carl Schmitt, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Rechtsverfassung», op. cit., p.14; del mismo, *Verfassungslehre*, op. cit., p.4 y p.11; Friedrich Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, op. cit., p.161 y ss.; Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, op. cit., p.25 y ss.; Christian Sasse, «Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen», op. cit., p.445 y ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol. III/1, p.789, p.853 y ss., p.866 y ss.

⁹⁶ Vid.: Carl Schmitt, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Rechtsverfassung», op. cit., p.14; del mismo, *Verfassungslehre*, op. cit., p.4 y p.11; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol. III/1, p.791.

suprimir ni mermar un «contenido esencial» determinado⁹⁷. El sentido de la garantía institucional es proteger a la institución frente a aquellos actos estatales que afecten a la sustancia de la institución, al conjunto de los elementos esenciales que la integran, a un mínimo intangible que forma su sustancia y su identidad⁹⁸.

El legislador debe desarrollar la garantía institucional que la Constitución reconoce, pero sin menoscabar su «contenido esencial», sin desnaturalizar la institución y, por supuesto, sin suprimirla⁹⁹. El problema es fijar los límites a la actividad del legislador, es decir, determinar qué es lo que puede hacer el legislador en desarrollo de la garantía y qué es lo que no puede hacer. Para ello, la doctrina ha diferenciado dos ámbitos concéntricos en la garantía institucional: uno interno e inviolable, el núcleo esencial (*Kernbereich / Wesensgehalt*) que resulta inaccesible para el legislador; y otro externo, susceptible de ser desarrollado por ley, «la periferia» (*Schale*)¹⁰⁰. Aunque la doctrina científica ha elaborado diferentes métodos para distinguir estos dos ámbitos, su delimitación no es tarea sencilla¹⁰¹.

⁹⁷ Vid.: Carl Schmitt, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», op. cit., p.14 y ss. Una de las más importantes formulaciones sobre el ámbito protegido de la garantía institucional es la de Richard Thoma, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen», en Hans. C. Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, 1929, vol.I, p.1 y ss., (p.30); y la de Gerhard Auschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, op. cit., p.520 y ss.

⁹⁸ «Wesen, Sinn und Zweck der institutionellen Garantie gehen dahin, dass Massnahmen der Verwaltung sowie der Gesetzgebung insoweit unzulässig und verfassungswidrig sein solle und sind, als sie das Wesen der Institution, die Gesamtheit ihrer integrierenden Wesensmerkmale, ihr unantastbares Minimum, das Minimum dessen, was ihr Wesen ausmacht, ihre Identität berühren», (Friedrich Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, op. cit., p.135, en sentido similar, también en p.165).

⁹⁹ Vid., por todos.: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., vol.III/1, p.854 y ss. y p.868 y ss.

¹⁰⁰ Especialmente, véase: Edzard Schmitt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, op. cit., p.37, p.41. La doctrina del «contenido esencial de la garantía institucional» se recoge también en las obras generales; vid., por ejemplo: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.868. La importancia de la doctrina sobre el contenido esencial de la garantía institucional radica en que se va a aplicar posteriormente a los derechos fundamentales, en los que se va a reconocer también un contenido esencial indisponible para el legislador; vid.: Pedro Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», op. cit., p.61.

¹⁰¹ Las fórmulas más importantes para la delimitación del contenido esencial de la garantía institucional son: la técnica de la sustracción, (teoría del resto); el método que considera la esencia de la institución como parámetro cualitativo; o el método que tiene en cuenta para ello los componentes históricos de la institución. Una exposición de estos métodos en Klaus Stern, *Das Staatsrechts...*, op. cit., vol.III/1, p.869 y ss. En castellano, vid.: Juan J. Solozábal Echavarría, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», op. cit., p.88 y ss.

2.3. Eficacia

Aunque las garantías institucionales se establecieron desde un principio para garantizar ciertas instituciones frente al legislador¹⁰², posteriormente se amplió su eficacia también frente al poder ejecutivo¹⁰³. En el caso de que la garantía institucional esté reconocida en una norma sobre un derecho fundamental, no hay duda de que los tres poderes del Estado están vinculados a la garantía, ya que así lo establece expresamente el art.1.3 de la Ley Fundamental¹⁰⁴. Pero, aún en el caso de que la garantía institucional se reconozca en otro tipo de norma constitucional, la doctrina también ha reconocido que la garantía vincula tanto al poder ejecutivo, como al legislativo¹⁰⁵.

La eficacia de las garantías institucionales plantea aún algunos problemas que están sin resolver. La doctrina se cuestiona si la garantía también protege a la institución frente a una omisión de los poderes públicos, especialmente del legislador, y de qué manera; y, por otro lado, si las garantías institucionales producen también efectos frente a terceros (*Drittwirkung*), y de qué forma¹⁰⁶.

2.4. Relación entre la garantía institucional y el derecho fundamental subjetivo

En el caso de que la garantía institucional esté contenida en un derecho fundamental, la relación entre la garantía y el derecho subjetivo puede tener un contenido diferente, dependiendo, básicamente, del tipo de derecho subjetivo que se proteja. Hasta ahora la doctrina ha analizado, sobre todo, la relación entre la garantía institucional y el derecho subjetivo de defensa o libertad. En relación con los derechos de libertad, la doctrina científica ha sido unánime

¹⁰² Vid.: Carl Schmitt, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», op. cit., p.14 y ss.

¹⁰³ Vid., especialmente: Friedrich Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsschutzgarantien*, op. cit., p.130, 134.

¹⁰⁴ Art.1.3 LF: «Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebend, vollziehend und Rechtssprechend als unmittelbar geltendes Recht», (los siguientes derechos fundamentales vinculan al legislador, al poder ejecutivo y al poder judicial como derecho válido directamente aplicable).

¹⁰⁵ Vid.: Gunther Abel, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien*, op. cit., p.59 y ss.; Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, op. cit., p.34 y ss.; véase, por todos: Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.853 y ss. y p.871 y ss.

¹⁰⁶ Vid., por todos, con referencias doctrinales y jurisprudenciales, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.872 y ss.

desde un principio al interpretar que la garantía institucional debe servir siempre de refuerzo al derecho subjetivo¹⁰⁷.

Esta relación entre el derecho subjetivo de defensa y la garantía institucional deriva del paralelismo entre ambos conceptos. En los dos casos se trata de limitar el poder del Estado, de impedir la injerencia injustificada de los poderes públicos en un ámbito determinado. La garantía institucional y el derecho subjetivo se complementan en sus respectivos ámbitos de protección¹⁰⁸. Aun así, cierto sector doctrinal se plantea si determinados casos la garantía institucional puede representar una limitación al derecho subjetivo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Vid.: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, op. cit., p.171; del mismo, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», op. cit., p.27. Posteriormente, Steinbeiss-Winkelmann, *Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung*, 1986, p.122-123. Sobre la relación entre las garantías institucionales y los derechos fundamentales subjetivos, en castellano, vid.: Juan J. Solozábal Echavarría, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», op. cit., p.90-91; también, José M^o Baño León, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», op. cit., p.165 y ss.

¹⁰⁸ Vid., especialmente, Günther Dürig, «Artikel 1», en Maunz/ Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, n.º marginal 97; Christian Starck, «Die Grundrechte des Grundgesetzes - Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung», en *JuS*, 1981, p.237 y ss., (p.239); Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.794 y 795.

Antonio Jiménez-Blanco critica que, mientras en la dogmática jurídica alemana la garantía institucional y el derecho fundamental subjetivo coexisten fortaleciéndose, en la doctrina española, receptora de la alemana, se ha conseguido el efecto contrario, de forma que la garantía institucional contenida en un derecho fundamental sirve para debilitarlo, (en «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», op. cit., p.648).

¹⁰⁹ Se plantea este problema, por ejemplo, entre el derecho a la objeción de conciencia y la defensa del Estado como objeto de una garantía institucional. Vid., por todos, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, op. cit., vol.III/1, p.872 y ss. En castellano, véase, José M^o Baño León, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», op. cit., p.165 y ss.; y Alfredo Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales*, op. cit., p.88 y ss., con referencia a Albert Bleckmann, *Staatsrecht II- Die Grundrechte*, 1989 (3ª ed.), p.250.

La relación entre la garantía institucional y los derechos subjetivos plantea aún muchas cuestiones de gran interés dogmático. Por ejemplo, la relación entre la garantía y los derechos de prestación, o la relación, si existe, entre la garantía institucional y el derecho subjetivo cuanto la garantía institucional no se reconoce en una norma de derecho fundamental, sino en otra disposición constitucional. En este último caso el problema es distinto: no existe relación con un derecho fundamental subjetivo ya reconocido, sino que el problema consiste en determinar si se pueden derivar derechos subjetivos de la garantía institucional. Este último es uno de los aspectos más interesantes que plantea la teoría de las garantías institucionales y que con más intensidad ha ocupado a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional. Vid. la exposición de estos problemas en: Klaus Stern, *Das Staatsrechts...*, op. cit., vol.III/1, p.856 y ss. y p.873 y ss.

